

09/19/2016

María del Rocío Andrés Pérez

La llamada contratación socialmente responsable es un concepto en alza impulsado por la Directiva 2014/24/UE bajo el amparo de la “Estrategia Europa 2020”. Como todo concepto nuevo suscita pasiones y recelos. Con el presente artículo quiero poner el acento en el aspecto económico de estas cláusulas sociales o, más bien, en el coste que ya se ha venido pagando y en el beneficio dejado de obtener por no incluirlas. Coste que afecta tanto al sector público como al sector privado y a la sociedad en su conjunto.

---

Entendemos por contratación socialmente responsable, según el considerando segundo de la Directiva 2014/24/UE, aquella que se utiliza para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos, permitiendo que los contratantes utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes. Con el fin de sacar el máximo partido a las ventajas sociales que ofrece la Directiva, el documento “Contratación pública al servicio del progreso social: una guía para la transposición de la directiva europea sobre contratación pública” <sup>1</sup>, se centra, entre otras áreas, en las “consideraciones sociales” como hilo conductor en todo el proceso de contratación.

Desde diferentes instancias públicas españolas se ha abordado la inclusión de cláusulas sociales con más o menos fuerza obligatoria y con mayor o menor alcance en el logro de los objetivos de la Estrategia 2020. Analizados los documentos publicados podemos clasificar las cláusulas sociales en dos grandes grupos: cláusulas sociales que tienen como objeto garantizar el cumplimiento de la vigente normativa socio-laboral, que denominaré cláusulas sociales conservadoras, y cláusulas sociales que buscan avanzar en el desarrollo y la integración más allá del mero cumplimiento de la legalidad, a las que me refiero como cláusulas sociales innovadoras.

Las cláusulas conservadoras son las más abundantes en los documentos aprobados. A simple vista nos pueden resultar superfluas, pero viendo la contratación desde la arena, lo cierto es que son necesarias porque la legislación no siempre se cumple. Muchos gestores públicos hemos visto durante los últimos años cómo la ejecución del contrato se estaba realizando sin cumplir obligaciones básicas tales como la satisfacción de salarios o el pago de las cuotas de la Seguridad Social, y algunos trabajadores nos han hecho partícipes de su situación personal. Para garantizar el cumplimiento continuo de la normativa socio-laboral la solvencia no es suficiente, ni siquiera la comprobación de que se cumple la obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social porque se comprueba con carácter previo a la formalización. Además, quien tiene las cuotas aplazadas también está al corriente con la Seguridad Social, y cuando al fin no hace frente a los pagos, el montante que ha dejado sin pagar es elevado. Ante esta situación, los órganos de contratación no pueden hacer nada si no han incluido cláusulas sociales como condición de ejecución y las consecuencias de su incumplimiento, incluida la posibilidad de resolución del contrato. La violación de normativa profesional solo está prevista como causa determinante de la prohibición de contratar y siempre

que haya sido sancionado con carácter firme por infracción grave, con la dificultad añadida de que el órgano de contratación solo podrá apreciar directamente esta causa cuando la sentencia se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración. Tales incumplimientos tampoco están previstos como causa de resolución del contrato en el TRLCSP.

Al margen del coste social que suponen estos incumplimientos, los costes económicos que se han pagado son altos: contratos mal ejecutados y un enorme agujero en el pago de salarios y cotizaciones sociales, que ha provocado que las nuevas licitaciones para ese servicio queden desiertas porque ningún licitador ha querido asumir el riesgo de tener que satisfacer los pagos pendientes al personal subrogado. Tiempo y trabajo perdido, y la necesidad de elevar el presupuesto máximo de licitación en los procedimientos posteriores. La ausencia de las cláusulas sociales conservadoras ha generado un coste directo e inmediato sobre las partidas presupuestarias del órgano de contratación.

Las cláusulas sociales innovadoras que buscan avanzar en el desarrollo y la integración más allá del mero cumplimiento de la legalidad, son las que nos permiten satisfacer los objetivos de la Estrategia Europa 2020. Ya en junio de 2001, la Comisión aprobó el Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, en el que afirma que “ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano”. También la Comunicación de la Comisión sobre desarrollo sostenible <sup>2</sup> hizo hincapié en la importancia de la responsabilidad social de las empresas encomendado a la actuación pública la misión de crear una mayor responsabilidad social colectiva y establecer un marco por el que las empresas deban integrar consideraciones ambientales y sociales en sus actividades. El sector público no puede seguir ignorando las recomendaciones de la Comisión ni desaprovechar las herramientas que le ofrece el ordenamiento jurídico, ya que presentan una oportunidad única para cumplir con la estrategia Europa 2020. El Informe del semestre europeo sobre la situación de España, pone de manifiesto la necesidad que tiene nuestro país de ahondar en los objetivos de integración social y mejora de la calidad del empleo, con especial énfasis en que el desempleo elevado y el riesgo de exclusión del mercado laboral obstaculizan el ajuste y conllevan elevados costes sociales, por lo que es necesario adoptar medidas adicionales en relación con la reducción de la pobreza <sup>3</sup>. La contratación pública tiene mucho que aportar en esas medidas adicionales que pide la Comisión. Este coste social, sin olvidarnos del sufrimiento personal, provoca un elevado coste económico al conjunto de las Administraciones públicas que se traduce en prestaciones por desempleo, rentas de inserción y otros mecanismos que tratan de otorgar un mínimo de subsistencia. Este gasto podría verse reducido si desde el sector público se adopta la cultura de las Contrataciones Públicas Socialmente Responsables, entendidas como operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad social de las empresas, a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea y las Directivas de contratación <sup>4</sup>. Mientras las cláusulas conservadoras tienen su ámbito natural de aplicación en las condiciones especiales de ejecución, las cláusulas innovadoras pueden ser utilizadas tanto como condición especial de ejecución como criterio de valoración de las ofertas. En ambos casos, dada la regulación actual de la contratación pública, su contenido debe estar vinculado con el objeto del contrato. La forma de incluir estas cláusulas es, por consiguiente, definiendo el objeto del contrato en términos sociales, tarea que se facilita por su consideración en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida <sup>5</sup>.

Como indica la Guía para incorporar aspectos sociales, en principio, la entidad adjudicadora tiene libertad para definir el objeto del contrato en cualquier forma que satisfaga sus necesidades, por ello ninguna de las directivas de contratación limita el objeto de los contratos como tales, ya que el acento no lo ponen en qué se compra sino en cómo se compra. Todos los contratos públicos pueden tener por objeto el interés social, de hecho la Constitución Española ordena promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean efectivas. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea también ordena que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tenga en cuenta la promoción de un nivel de empleo elevado y la lucha contra la exclusión social<sup>6</sup>. En definitiva, toda actuación administrativa debe servir al interés general, desarrollándose en un marco de eficacia y eficiencia en la asignación de los recursos. Ello incluye la actividad contractual de forma que todo objeto de un contrato tiene implícitamente un fin social. El beneficio económico es claro: incluyendo los aspectos sociales en el objeto de los contratos, se obtiene por el mismo precio, o un poco más, los mismos bienes y servicios, más el beneficio social, más el ahorro económico directo en otras políticas sociales, más el incremento del número de cotizantes y de la tributación por renta. Es una cuestión aritmética, con resultados en progresión geométrica. Se trata de un beneficio que perdura en el tiempo, porque integrar en el sistema productivo a una persona discapacitada o en situación de exclusión social, le abre las puertas a seguir manteniéndose productivo en el futuro, y se beneficia todo el ciclo de la economía al romper el círculo vicioso en que se encuentran inmersos los colectivos excluidos del mercado laboral. Se incrementa la población activa y, por consiguiente, el PIB.

El beneficio económico también revierte en las empresas. Una economía dinámica, que fomenta la inclusión en el mercado laboral, es un escenario favorable para el crecimiento económico y el emprendimiento empresarial. Asumimos que ser empresa socialmente responsable conlleva un coste inicial, pero la responsabilidad social también es una inversión que revierte beneficios cuantificables económicamente hablando. Según la Comisión esta inversión puede tener un impacto directo en la productividad, y abre una vía para administrar el cambio y conciliar el desarrollo social con el aumento de la competitividad. La responsabilidad social genera tanto beneficios económicos directos, por el mayor compromiso de los trabajadores y el consiguiente incremento de productividad, como indirectos, al atraer la atención de consumidores e inversores lo que amplía sus posibilidades en el mercado. Hoy en día, las instituciones financieras recurren a las listas de control social y medioambiental para evaluar los riesgos empresariales. La responsabilidad social puede aportar beneficios financieros a una empresa. En sentido contrario, prácticas socialmente reprobables de las empresas pueden influir negativamente en su imagen y su marca<sup>7</sup>, provocando su desplome en los mercados.

Los poderes adjudicadores deben guiarse por el interés general y no solo por el precio más bajo. Es la mejor forma de incentivar el crecimiento de empresas socialmente responsables y hacer frente al dumping social y a la competencia de empresas afincadas en países con escasa o nula protección social, cuyas prácticas productivas son inasumibles éticamente por la sociedad europea. Este tipo de competencia dificulta que nuestras empresas se comprometan con el desarrollo social y generen valor añadido. A la larga, los costes de no fomentar la contratación socialmente responsable pueden ser muy caros.

Soplan vientos favorables para la contratación socialmente responsable, como se observa en los numerosos preceptos que le dedica la Directiva 2014/24/UE. La jurisprudencia del TJUE también está experimentando una evolución favorable a la introducción de cláusulas sociales y no ve discriminatorio que se ponga como condición de ejecución la obligación de pagar un salario mínimo según legislación nacional o regional<sup>8</sup>. En igual sentido favorable se están

pronunciando recientemente las resoluciones de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales de nuestro país.

Como concluye Juliane Kokott<sup>9</sup>, estrictamente hablando el gusto del azúcar no cambia según proceda o no del comercio justo, pero un azúcar producido en condiciones injustas dejará un gusto amargo en la boca de un cliente consciente de sus responsabilidades sociales. Los ciudadanos, cada vez más vigilantes sobre la contratación que realiza el sector público, verán más satisfechas sus necesidades si el objeto de cada contrato les reporta un beneficio social y económico añadido.

====

<sup>1</sup> El documento “Contratación pública al servicio del progreso social: una guía para la transposición de la directiva europea sobre contratación pública” ha sido elaborado por la “Plataforma Social Europea”, surgida como iniciativa emblemática de la Estrategia Europa 2020 con el apoyo financiero de la Comisión. Se publicó en octubre de 2015.

<sup>2</sup> La Comunicación de la Comisión sobre desarrollo sostenible fue aprobada en el Consejo Europeo de Gotemburgo.

<sup>3</sup> Disponible en [http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2016/cr2016\\_spain\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2016/cr2016_spain_es.pdf)

<sup>4</sup> Definición extraída del documento “Adquisiciones sociales: Una guía para considerar aspectos sociales en las contrataciones públicas” es una publicación financiada en el marco del Programa de la Unión Europea para el Empleo y la Solidaridad Social (2007-2013).

<sup>5</sup> Artículo 67.3 Directiva 2014/24/UE.

<sup>6</sup> Artículo 9 TFUE texto consolidado.

<sup>7</sup> Del libro verde “Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas”. Bruselas 18 de junio de 2001.

<sup>8</sup> Sentencia de Tribunal de Justicia en el Asunto C-115/14.

<sup>9</sup> Asunto C-368/10, Comisión Europea contra el Reino de los Países Bajos.